

## 間接反証という概念の効用について

——民事訴訟において適切な事実認定をめざすために——

大 山 政 之

- 1 はじめに
- 2 間接反証という概念について
- 3 間接反証についての代表的な論稿が、間接反証として捉えている実例について
- 4 いわゆる不特定概念（規範的要件）について、何を主要事実として捉えるかについて
- 5 規範的要件事実について、「主要事実説」をとつた場合、間接反証の範疇に入る事例と入らない事例
- 6 間接事実からの事実認定において、間接反証理論の効用を肯定する立場と否定する立場
- 7 間接反証という概念の効用の有無を検討するにあたり、めざすべき指標
- 8 「適切な事実認定」をめざすための間接反証という概念の効用
- 9 最後に

### 1 はじめに

事実関係、証拠関係に争いのあることを当然とする民事訴訟事件において、争点を絞った迅速、適正な審理が行われ、事実認定に誤謬がなく、納得できる判決が言い渡されるなら、私のように、当事者の代理人として民事訴訟

に関与している弁護士にとっても、喜びであるといえる。

このためには、何より、主要事実のみならず、間接事実についても、充実した審理が行われ、不意打ちとならない判決が言い渡されることが最も重要と思われる。係争利益の大きな訴訟になるほど、主要事実を立証する直接証拠は存しないことが多く、間接事実の評価により勝敗が決することが多いからである。

そして、このような審理が行われるなら、訴訟を進行させている間においても、その立証活動の目標が明確となり、また、一応の立証活動が行われた後、判決の結果についてもかなりの確率で予測できる。訴訟進行にあたり、感情移入されることが少なく、経済的合理性による判断が期待できる大手企業等が当事者の場合には、早期に和解により解決する可能性も高まる。

そして、こうした審理に基づいて言い渡された判決であるなら、第一審判決が控訴審で覆されるか否かの予測もしやすい。特に、上告理由が大幅に制限され、實際上、控訴審が、後のない戦いになる現民事訴訟法の場合、この点は大変重要となる。

すなわち、間接事実について、充実した審理が行われ、その結果が判決中にも明確に示されることが、紛争の早期、かつ当事者の納得のできる適切な解決をすることに何よりも資するものといえることができるのである。そこで、従来から論じられていた「間接反証」という概念が、何らかの役に立つかと考え、本稿をしたためたものである。

## 2 間接反証という概念について

まず、「間接反証」とは、この概念の由来とされるローゼンベルグによれば、「証明ありとみなされそうな主張へ

の反駁を試みるのに、直接ではなく、別の事実——すなわち、その証明された事実が虚偽であるとの（あるいは少なくとも疑わしいとの）推論、ないしは法規の要件事実自体の不存在への推論が、それから引き出されてくるような別の事実——の助けを借りる」ということである。<sup>(1)</sup>

そして、「間接反証が向けられているこの別の事実は、それが推論の基礎をなすべき場合には、積極的に確定されなければならない。そしてその限りにおいて、間接反証者はそれにつき真の確定責任を負うのである。」とされる。<sup>(2)</sup>

元木伸元裁判官が書かれた「間接反証という概念」（判例タイムズ三三〇号所収）も、「間接反証とは、ある主要事実について立証責任を負う当事者が、これを高度の蓋然性をもって推認させるに足る間接事実の存在を証明した場合に、相手方が右間接事実と両立しうる事実の存在を立証することによって、間接事実から主要事実を推認することを妨げる方法による反証をいう。」と定義している。<sup>(3)</sup>

この「間接反証」という概念は、日本においても、「ローゼンベルグ・証明責任論」の訳者である倉田卓次裁判官の論文「間接反証」を初めとして、様々な民事訴訟学者や民事裁判官が論じてきたものである。<sup>(4)</sup>

また、この論点は、主として証明責任についての法律要件分類説の是非との関係で論じられてきた。

しかし、最近、この「間接反証」の問題を、①何をもって「主要事実」と捉えるかの問題と、②事実認定の手法としての「間接反証」の問題を分け、それぞれを別個の問題として、是非を論じる論稿が出てきた。例えば伊藤滋夫元裁判官は、間接反証に対する批判を、「過失」、「正当事由」などを内容とする、いわゆる規範的要件を「間接反証」として捉えるのが正当かの問題と、そうでない売買契約の締結などの通常の要件事実の認定にあたり、間接反証という概念に効用があるかの問題を分けて検討された上、効用を否定する結論に立たれる。<sup>(5)</sup>

同じく、間接反証理論の効用を支持しない立場からの論稿であるが、高橋宏志東京大学教授は同理論の問題点として、①過失等の規範的要件要素は、法的評価であって、そのままでは証明の対象となり得ないにもかかわらず、そのまま主要事実としていること、すなわち、過失と評価される具体的事実を主要事実として捉えるべきである、②間接反証事実は、相手方にとって本証であること、つまり裁判官が確信を持つことが要求され、したがって、その間接事実について相手方に証明責任（確定責任）が觀念されうるといふ、2つの別個の理由に分けていることに着目しうる。<sup>(6)</sup>

私も、従来、間接反証として論じられてきた事柄について、伊藤元裁判官や高橋教授がされたような分類をすること自体は正当と考える。

前者、いわゆる規範的要件について、何をもって主要事実と捉えるかは、法解釈の問題であるのに対し、後者、すなわち間接反証事実について、裁判官が確信を持つことが要求されるか否かは純然たる事実認定に関する問題とすることができ。そして、本稿は、前者については、間接反証の問題とはせず、主として後者、すなわち事実認定論の一環としての間接反証の効用について、検討するものであるが、その前提として、従来、間接反証について論じた代表的な文献の具体例のうち、何が前者で、何が後者であるかの分類も行ってみた。

(1) ローゼンベルグ・証明責任論（倉田卓次訳）二二〇頁（昭和六二年 全訂版 判例タイムズ社）。以下、同書を「ローゼンベルグ」という。

(2) 同書同頁。

(3) 元木伸「間接反証という概念」判例タイムズ三三〇号四四頁。以下、同論文を「元木」という。

(4) 倉田卓次「間接反証」民事実務と証明論二二七頁ないし二五一頁（日本評論社）。以下、同論文を「倉田 間接反

証」という。

(5) 伊藤滋夫・事実認定の基礎一〇六頁、一〇七頁(有斐閣)。以下、同書を「伊藤」という。

(6) 高橋宏志・重点講義民事訴訟法新版四七〇頁ないし四七一頁。以下、同書を「高橋」という。

### 3 間接反証についての代表的な論稿が、間接反証として捉えている実例について

1 間接反証について論じた代表的な文献が、何をもって間接反証と捉えているかについて、検討することとしたい。

#### 2 竹下守夫名誉教授による事例について

(1) 竹下守夫一橋大学名誉教授は、「間接反証という概念の効用」において、A会社の代表者Yが同社所有の乗用車を運転し、深夜、商談の相手方Bをその自宅に送って行く途中、道路左側の崖から転落し、Bを死亡せしめた事例をまず挙げられる。Bの妻XからYに対する民法七〇九条に基づく損害賠償請求訴訟において、XがYの運転中に車が転落したことを立証すれば、Yの「過失」が推認されるのに対し、Yが、自動車転落したのは、その直前にYの車を追い越したトラックが、その左後方をYの車の右前方部に接触させたためであるという別の事実を主張・立証することに成功し、Yに「過失」が存するか否か、真偽不明に持ち込んだ場合を間接反証の事例とされている。<sup>(7)</sup>

Xの立証命題を法的概念である「過失」であると捉えた上で、間接反証を論じているのである。

(2) また、公害訴訟における因果関係の立証の際にはほとんど問題となる他の原因の存否についても、他に原因が存するという事実は、因果関係の不存在を推定させる間接事実で、かつ原告の証明した主題以外のものでは

るから、間接反証事実であるとされる。<sup>(8)</sup>

### 3 倉田卓次元裁判官による事例について

(1) 倉田卓次元裁判官は、他人の所有地内で木材が伐採されたことが確定すれば、それだけで故意過失につき一応の推定が生ずるが、被告が、例えば、以前境界に争いがあつた頃自分の所有地と信じて植栽したとか、付近の立木を買い受け明認方法を施した際、人夫が誤って施したとか、何らか伐採権ありと信じたのも一応無理がなかったと思わせる特段の事情を立証することにより、過失の推定を免れることができ、この特段の事情を間接反証であるとする。<sup>(9)</sup>

やはり、「故意・過失」を立証命題としている。

(2) また、自白の取消について、(イ) 真実に反し、(ロ) 錯誤に出た、との二つの要件に關し、最高裁判例が「真実に合致しないことの証明がある以上その自白は錯誤に出たものと認めることができる」と述べて、事実上(イ)の要件だけの立証で自白を取り消すことを認めている(最判昭二五・七・一一民集四卷七号三二六頁)ことについて、倉田氏はこの判例理論を「真実でない以上、特別な事情のない限り、錯誤に出たものと推認できる」という意味であると解し、特別な事情の立証によつて破ることができると解する。そして、この特別な事例の立証の例として、相手方が一部弁済の抗弁を出したとき、実は別口の債権の弁済だったと考えながらも、短期消滅時効の主張がなされた場合の承認の再抗弁の提出を予想して、弁済を認めた一方当事者が、そのあとで債務の性質上短期消滅時効でない証拠が出たため、その抗弁が出る可能性がなくなったとして、実はあの弁済は別口債務への弁済だった、と主張・立証しえても、このような可能性ある訴訟経過だったことが相手方から指摘されれば、錯誤との推定はできず、自白取消は許されないとし、このような訴訟経過の立証は、間

接反証であるとする<sup>(10)</sup>。

(3) 倉田元裁判官は、自動車が自転車を追いついた際、車体がハンドルに接触して自転車を倒し、人身事故が起こったという請求原因に対して、この接触が争われ、不法行為の存在そのものが争点となる事案において、原告が(イ)路上にいた目撃者の「自動車の追抜き直後に自転車の横転するのを見た」旨の供述、(ロ)実況検分によってこの自動車(甲車)の車体左側に引掻き傷が認められ、その部位が自転車のハンドルの高さにはば一致すること、(ハ)また、ハンドルの右端にもペンキ様の物質の付着が認められ、分析の結果車体の塗料と同様の物質であると判明したこと、(ニ)右ハンドルにショックを感じたとの自分の供述、を証拠として提出したのに対し、被告が、(ホ)目撃者が無関係な第三者ではなく、原告の取引先で、事故の当日原告が売掛金の催促に来て見送られて帰る矢先の出来事だったことを証明した(これにより(イ)の目撃者の証言の証拠価値はぐっと下る)。(ヘ)原告の自宅にある息子名義の自動車(乙車)が被告所有の加害車と同一車両で同じデューラーから同じ頃買われている点に着目し、検証を申請した。検証の結果、前記の引掻き傷より小さいがハンドルの端とピタリ同じ高さに塗料の剝離した接触痕があり、塗料は前記のと同一种類と鑑定された。(ト)本人尋問において事故当時何らショックを感じなかったと供述した。との各事実が存した場合、(ハ)の事実は、(ヘ)の事実がなければすんなり(ロ)に結びついて、甲車との衝突を推認させるが、(ヘ)と結びついて、乙車との衝突から説明することも可能となり、また(ロ)の接触痕の高さがハンドルの高さ「ほぼ」一致することも、それだけなら一致している点を重視される事情だが、別に(ヘ)の「ピタリ」一致している事実が示されると、多少でもくいちがいのある点が弱みとなり、結局(ヘ)の事実の立証を間接反証として捉えているのである<sup>(11)</sup>。

(4) 民法六一二条二項について、戦後の判例において確立された「賃貸人の承諾を得ないで転貸等がなされた場合であっても、それが賃貸人に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情があるときは解除できない」とするいわゆる「背信行為の理論」について、六一二条二項の要件として無断転貸を昇華せしめた「背信行為」という主要事実(要件事実)を考え、無断転貸の事実はこの背信行為という主要事実(要件事実)を証明する重要な間接事実になり、これにより一応の推定がなされるので、被告はこの無断転貸と両立しつつそれがプラスされることによって背信行為という判断を排しような、別の間接事実を持ち出して防御せざるをえなくなる。そしてこの間接事実が「背信行為と認めるに足りない特段の事情の証明責任」であり、これも間接反証の一例とされるのである。<sup>12)</sup>

(5) また、自賠法3条に基づく請求にあたつては、原告側に要求されるのは「被告が加害車の使用権者であること」の立証のみであり、これに対し、被告が「運行支配の喪失」を立証しないかぎり、被告は運行供用者として扱われることについて、「所有者・使用権者等であることから、事故当時も運行供用者であつたことが推定される」と解し、無断乗出その他事故前における運行支配喪失の事実が、「使用権者ではあるが事故時に運行供用者であつたと認めることできぬ特段の事情」と観念しうるとして、これを間接反証として把握している。<sup>13)</sup>

#### 4 元本仲元裁判官による事例について

(1) 元本元裁判官は、認知の訴における不貞の抗弁、すなわち、「認知の請求をなす者においては、相手方たる男子との性交の結果妊娠したとの事実の立証責任を負担するが、問題の子の懐胎期間中、被告と原告の母との間に性的交渉があつたという事実が立証された場合には、反証がない限り、この性交の結果妊娠したと推定



すべきであり、立証責任は、終始認知請求者側にあるが、立証の必要は相手方たる男子に移りこの者において右懐胎期間中に他の男子との間にも同様な関係が結ばれ、したがって問題の子の父であるかも知れぬ者が、自己以外に存する旨の多数関係者の抗弁を提出し、かつこの事実を立証しない限り、事実上の推定の結果を阻止できない」とする裁判例（大阪高裁昭二九・八・二一判決高裁民集七卷八号六〇一頁）を間接反証として捉える。<sup>(14)</sup>

(2) また、過失、表見代理における「代理人として信じるに足りる正当事由」、借地借家法における明渡の「正当事由」等、いわゆる不特定概念たる要件の立証を間接反証の例として挙げている。ただし、不特定概念については、かかる概念を導き出す前提事実を主要事実（要件事実）と解する説が有力であり、このような説をとれば、間接反証の対象とみられた事実は抗弁となるとしている。<sup>(15)</sup>

(3) 不法行為に基づく損害賠償請求における加害行為の「違法性」について、権利侵害行為は、違法な行為の類型化であり、権利侵害行為の存在が証明されれば、それは直ちに違法行為がなされたとの法律上の推定がなされ、もし権利侵害がなされたとしてもそれが違法行為とならない特段の事実、即ち違法性阻却事由があるときは、これを相手方が立証しなければならぬという関係を、間接反証ととらえる考え方を紹介している。ただ、前記(2)の「過失」、「正当事由」と同様、この「違法性」を事実ではなく、不特定概念とするならば、間接反証として説かれている事実は抗弁として構成されるとする。<sup>(16)</sup>

(4) そして、不当利得返還請求訴訟における「法律上の原因がないこと」について、この要件の立証責任は原告にあるが、かかる利得についての法律上の原因の欠缺が利得行為そのものから直ちに明らかになる場合、例えば、被告が、原告所有の土地にある砂を発掘したとか、原告の預金通帳を払い出したような場合は、この発

掘や払い出しを正当化すべき事由は被告において証明すべきであり、この立証を間接反証としている。<sup>(17)</sup>

しかし、前記(2)(3)同様、「法律上の原因がないこと」も不特定概念であり、これを基礎づける具体的事実こそが主要事実である(後述するとおり、私もこの考え方を支持する)ならば、やはり、ここで間接反証として説かれている事実も抗弁となると解されよう。

(5) 最高裁は、準消費貸借契約において、旧債務の不存在を事由として右契約の効力を争う者は、旧債務の不在の事実を立証する責任を負うと判示している(最判昭四三・二・一六民集二二・二二・二七)。

この判例について、法律要件分類説の原則どおり、民法五八八条の条文に忠実にとらえ、旧債務の存在は、準消費貸借契約の効力発生要件となっており、旧債務の存在という法律状態が準消費貸借契約に基づく金員の返還請求訴訟においては主要事実となるのであり、両当事者が、準消費貸借契約をしたという事実ないしは、準消費貸借契約締結に際して書面を作成したという事実が間接事実となり、この事実から高度の蓋然性をもって推認されることとなる。すると被告は、この推定を破るために、旧債務は弁済されていたとか、その債務の発生につき、障害事由があったとかを立証する必要が生じ、これを間接反証として捉えることも可能であるとされる。

しかし、立証責任の分配にあたっては、法条の解釈に柔軟性を与えるべきとして、旧債務の不存在が被告の抗弁であるとの立場をも紹介している。<sup>(18)</sup>

(6) また前記3(5)の倉田元裁判官同様、自賠法三条による運行供用者責任について、間接反証として捉える見解を挙げられる。ただし、「運行供用者」という概念を不特定概念と解し、この前提事実を主要事実と捉える見解も併せて紹介している。<sup>(19)</sup>

## 5 賀集唱元裁判官による事例について

(1) 賀集唱元裁判官は、「挙証責任―間接反証を中心として」別冊ジュリスト続判例展望において、牛乳小売業者が仕入先に対し、現在および将来の債務の担保として、店舗その他の資産を増担保に供した行為につき、詐欺行為の成否が争われた事案(最判昭四四・一二・一九民集三三・一二・二五―一八)について、新債務のため全財産を譲渡担保に供したという詐欺行為性を一般的に推認させる定型的行為に対し、更生のためやむなしという特段の事情を証明して、反証に成功しているとして、間接反証の一例として把握している。<sup>(20)</sup>

(2) また、先の竹下名誉教授も例として挙げられた公害訴訟における因果関係について、被告企業の排出行為から原告の発病・損害発生に至るまでの因果の流れを(イ)被害発生の原因物質(ないしそのメカニズム)、(ロ)汚染経路、(ハ)企業における原因物質の生成・流出の3つに大別し、このうちの(イ)と(ロ)を原告が証明すれば、残りの(ハ)については、経験則上その推認が可能であるから、被告のほうで、これに對する間接反証を提出しなければならない(間接反証責任)とし、これも間接反証の事例として捉えている。<sup>(21)</sup>

(3) なお、賀集元裁判官は、元木元裁判官が間接反証の事例としても考えられるとした準消費貸借の旧債務の存否の挙証責任については、民法五八八条の規定の体裁に反しても、借主の側にその不存在の挙証責任ありと解すべきとし、また、民法六一二条二項における賃借権の無断譲渡または無断転貸と、「背信行為と認めるに足りない特段の事情」との関係においても、明確に「背信行為と認めるに足りない特段の事情」は抗弁であると解される。このような考え方によれば、これらは間接反証とはならない。<sup>(22)</sup>

後述のとおり、私も、この説に賛同するものである。

- (7) 竹下守夫「間接反証という概念の効用」法学教室△二期、五号一四四頁。以下、同論文を「竹下」という。
- (8) 竹下一四四頁ないし一四五頁。
- (9) 倉田 間接反証二四一頁ないし二四二頁。
- (10) 倉田 間接反証二四二頁。
- (11) 倉田 間接反証二四二頁ないし二四三頁。
- (12) 倉田 間接反証二四七頁。
- (13) 倉田 間接反証二四七頁ないし二四八頁。
- (14) 元木四七頁ないし四八頁。
- (15) 元木四八頁。
- (16) 元木四八頁。
- (17) 元木四八頁。
- (18) 元木四八頁ないし四九頁。
- (19) 元木四九頁。
- (20) 賀集唱「拳証責任―間接反証を中心として」別冊ジュリスト続判例展望二二一頁ないし二二二頁。以下、同論文を「賀集 拳証責任」という。
- (21) 賀集 拳証責任二二三頁ないし二二四頁。
- (22) 賀集 拳証責任二二四頁ないし二二五頁。

## 4 いわゆる不特定概念（規範的要件）について、何を主要事実として

捉えるべきかについて

いわゆる過失、重過失、正当理由、正当事由といった規範的評価に関する一般的、抽象的概念を取り込んだとされる実体法の規定について、規範的要件の主要事実（要件事実）を当該規範的評価自体とする説は、これを基礎づける具体的事実（評価根拠事実）を間接事実とみる（「間接事実説」と呼ぶ）。

この説をとるなら、前記不特定概念についても間接反証の領域であると捉える余地がある。

一方、評価根拠事実が主要事実であり、規範的評価自体は、具体的事実が当該規範的要件に当てはまるという法的判断であり、主要事実ではないとの見解も存する（「主要事実説」と呼ぶ）。

元来、間接事実とは、経験則によって一定の主要事実を推認させる事実であり、主要事実とは別個独立の事実であり、理論上、間接事実による推認を経ないで、直接事実によってその存在を立証できる性質のものである。規範的評価自体が主要事実であり、評価根拠事実はその間接事実にすぎないならば、主要事実とされる規範的評価を直接立証することが理論上可能でなければならないが、具体的事実から切り離された「過失」や「正当事由」、「背信性」等の評価自体を証拠により直接立証する方法がないことは明らかであり、また当該規範的評価が、これを根拠づける具体的事実なしには成立し得ないという関係も、互いに別個独立の事実として成り立つ主要事実と間接事実との間には起こり得ない。規範的評価とこれを根拠づける事実との関係は、主要事実と間接事実との関係とは違った特殊なものといえる。

また、弁論主義の下で要件事実が果たすべき相手方の防御の機会の保障という機能の点でも、間接事実説には難

点がある。

すなわち、「過失」とか、「正当事由」とか「背信性」などの規範的評価を主要事実と解するならば、単に「過失がある」、「正当事由がある」、「背信性がある」と主張すれば、主張責任は尽くされるから、相手方は、このような評価を根拠づけるものとしてどのような事実が現れてくるかを知る機会が弁論の段階では何も保障されないことになる。したがって、相手方が右主張に対して的確な反証又は間接反証の準備をすることは困難であり、その時機を失することもあり、事案によっては不意打ちの危険も考えられる。裁判所の訴訟指揮の面から見ても、具体的事実の主張があつて初めて、主張された個々の事実ごとに相手方の認否を求め、要証事実と不要証事実とを選別し、要証事実集中した効果的な立証活動を期待できることになるが、具体的事実についての主張責任を否定すると、このような訴訟指揮も実効性を保つことが難しくなる。<sup>(23)</sup>

以上の見解は、「増補 民事訴訟における要件事実 第一卷（司法研修所）」に基づくものであり、司法研修所の民事裁判教官室のとりどころである。司法研修所における教育も、これに従ってなされている。

「間接事実」自体の定義や、弁論主義のもとでの実際の民事訴訟の進行の両面を踏まえた非常に説得的な論旨であり、これに対する実益のある反論をすることは困難と考えられる。

また、このような見解が示されて以来、これに対する反対を論じた論稿も出ていないようであり、裁判実務も上記のとおり運用がなされていることは間違いない（当事者が単に「過失」がある、「正当事由」があると主張しただけで、裁判所がこれを基礎付ける事実を明確に主張させないまま、審理を進めることはありえないと思われる）。

私も、不特定概念（規範的要件事実）については、評価根拠事実を主要事実と捉える「主要事実説」を妥当と考えるものである。

前記のとおり、間接反証に対する批判を、2つに分けるべきとする伊藤元裁判官も、「過失」や「正当事由」等の規範的要件における間接事実に関する「法律要件分類説」によって決められた主要事実についての証明責任の分配法則を一部修正する理論というべきである。」との批判、「間接反証の考え方は間接反証の対象となる事実を間接事実と同一の位置付けを有する事実と考えているが、それは誤りである」との批判について、「以上の二つの批判は、従来の間接反証の理論が、本来主要事実として捉えるべきものを間接事実として捉えていたことに向けられていたものであって、現在では、規範的要件について、評価根拠事実が主要事実であるとするのが支配的考え方であると思われるので、あまり意味のある批判ではなくなっていると思われる」とする。<sup>(24)</sup>

(23) 増補 民事訴訟における要件事実 第一巻(司法研修所) 三〇頁ないし三二頁。以下、同書を「第一巻」とする。

(24) 伊藤一〇六頁ないし一〇九頁。

## 5 規範的要件事実について、「主要事実説」をとった場合、間接反証の

### 範疇に入る事例と入らない事例

1 一般条項について、通常の主要事実と異なる「準主要事実」との概念で捉える倉田元裁判官も、「私見によれば、——というより、間接反証の定義から概念必然的に——間接反証の圧倒的大部分は、訴訟当事者はそれを意識するかは別であろうが、証明論すなわち証拠と自由心証主義による事実認定の場で生起しているものであって、一般論としては、経験則の三段論法の適用上の現象であり、法規の三段論法の問題ではない。」とされる。<sup>(25)(26)</sup>

もし、規範的要件事実について、「主要事実説」をとった場合、それでも間接反証たりうるのは、前記事例のう

ち、どれであろうか。

2 (1) まず前記3の2(1)の、竹下名誉教授による自動車が崖から転落した例は、間接反証には該当しないであろう。Xは、Yの「過失」を基礎付ける根拠事実として「Yが運転中に、自動車が道路左側の崖から転落した」ことを主張・立証すれば足りると解される。もちろん、その原因は、スピードの出しすぎ、居眠り運転、ハンドル操作の誤り、ブレーキを踏むのが遅れたこと等、様々な原因が考えられるが、「運転中に崖から転落した」ということは、運転者に何らかの過失が存したという蓋然性が大変高いため、過失を基礎付ける事実としては、これで十分と解する。

すなわち、規範的要件事実について、「主要事実説」をとったとしても、このような事例については、伊藤元裁判官が提唱されたとおり、「YがBを乗用車で自宅に送っていく途中における、Yの自動車運転に際しての操作の誤り」を「過失」の認定事実とする「概括的認定」を認めることによる解決が可能と思われる<sup>(27)</sup>。

これに対し、Yが、「転落の直前にYの車を追い越したトラックが、その左後方をYの車の右前方部に接触させたこと」を抗弁として主張・立証することとなろう。

(2) 同(2)の公害訴訟の因果関係における「他に原因が存する」ことも、「因果関係」を基礎付ける事実が主要事実であると捉えるなら、抗弁と解することができる。この点については、後に賀集元裁判官が取り上げられた事例を検討する際に詳述する。

3 (1) 倉田元裁判官が、前記3の3(1)において挙げられた、他人の所有地内で木材を伐採してしまったケースも、前記竹下名誉教授による2(1)と同様に解することができる。

原告は請求原因において、被告の「故意・過失」を基礎付ける事実として「被告が原告の所有地内で木材を



伐採したこと」を主張・立証すれば足りるであらう。木材を伐採するにあたっては、それが自分の土地の中であることを確認した上で行うのが通常であるとの経験則に基づく。

これに対し、被告は「境界に争いがあつた頃自分の所有地と信じて植栽した」、「付近の立木を買い受け明認方法を施した際、人夫が誤って施した」等、何らかの伐採権ありと信じたのも無理がなかったと思わせる事実（評価障害事実）を抗弁として主張・立証することとならう。やはり、これは間接反証ではない。

(2) 同(2)の自由の取消に関する(イ)真実に反し、(ロ)錯誤に出た、との二つの要件に関する事例であるが、これは、間接反証を事実認定の問題に限定して捉えても、一見、間接反証の事例に該当するといえそうである。

しかし、この場合の「錯誤」とは、「真実に反するにもかかわらず、真実と誤信して自白の陳述をした」ということであらう。

ところで、この事例における「実は別口債務への弁済だったと考えながらも、短期消滅時効の主張がなされた場合の承認の再抗弁の提出を予想して弁済を認めた」ならば、これは、「真実に反するにもかかわらず、真実と誤信して自白の陳述をした」とことと相容れず、いわば要件事実の一つである「錯誤」を否認するものである。すなわち「錯誤」の主張に対する積極否認として捉えることができよう。そして、「実は別口債務への弁済だったと考えながらも、短期消滅時効の主張がなされた場合の承認の再抗弁の提出を予想して弁済を認めた」事実の立証はそれ自体により「錯誤」の立証を直ちに覆滅する直接反証と位置づけられるのではないだろうか。したがって、この事例は、「相手方が右間接事実（注一）一方当事者が立証した間接事実」と両立しうる事実の存在を立証することによって、間接事実から主要事実を推認させることを妨げる方法による反証」（前記

元木裁判官による定義の一部)ではなく、間接反証には該当しないと解するものである。

(3) 同(3)の事例は、まさに事実認定に関する問題であり、間接反証概念を肯定する立場に立つならば、間接反証に該当することに異論の余地はないと思われる。立証すべき事実は、「自動車の車体が、自転車のハンドルに接触した」との不法行為に該当する具体的事実であり、原告が、(イ)ないし(ニ)の間接事実を立証したことにより、接触の事実が高度の蓋然性をもって推認されたのに対し、被告が、これらと両立する(ヘ)の事実を立証したことにより、この推認が妨げられたからである。

(4) 同(4)の事例についても、規範的要件事実について、「主要事実説」をとるならば、賀集元裁判官の見解のとおり、「背信行為と認めるに足りない特段の事情」を基礎付ける事実を抗弁と解すべきと考える。

規範的要件事実について「主要事実説」をとる他、要件事実論に関する全ての論点について、司法研修所教材の考え方をとることを前提として、民法の全条文を分析された大江忠弁護士も、賃借権の無断譲渡又は無断転貸により賃貸借契約を解除し、目的物の返還を求める訴訟においては、「背信行為」という要件事実を考え、という説はとらず、賃借権の譲渡を請求原因の一つとする一方で、「貸主に対する背信行為と認めるに足りない特段の事情があることを基礎付ける事実」を抗弁と解している<sup>(28)</sup>。

(5) 同(5)の事例においても、元木元裁判官が、前記3の4(6)で解説された趣旨のとおり、「運行供用者」という概念について、「被告が加害車両の所有者・使用者となったこと」等のこれを基礎付ける具体的事実、「無断乗出」等の事故前に運行支配を喪失したことを基礎付ける具体的事実をいずれも主要事実と捉え、前者を請求原因、後者を抗弁とするのが相当と考える。

4 (1) 元木元裁判官が、前記3の4(1)で挙げられている「認知の訴における不貞の抗弁」(多数関係者の

抗弁)においては、立証すべき主要事実とは、「原告と被告とが(生物学的意味における)父子関係にあること」、すなわち「原告が、被告の受精によって出生したこと」であり、「問題の子の懐妊期間中、被告と原告の母との間に性的交渉があったという事実」は、主要事実を推認させる間接事実ということが出来る。もちろん、これだけで、高度の蓋然性をもって推認させる事実といえるかどうかは疑問であり、実際には、仕送りをしたとか、赤ん坊に名前を付けたとか、男として責任をとると言ったとか、被告が原告を子として認めていた言動(認知的言動)、そして血液型検査の結果や人相の酷似等(身体的データ)といった間接事実も併せて主張・立証されることにより、生物学的父子関係が高度の蓋然性に至る場合が多いであろう。<sup>(29)</sup>

これらの間接事実により、原告と被告との父子関係の存在が高度の蓋然性をもって推認された後、被告が、原告の母が問題の子の懐胎期間中に他の男子との間にも同様な性的交渉があったとの事実を主張・立証して、この推認を覆すことは、前記各間接事実と両立する事実の立証により、生物学的父子関係という主要事実の存在の推認を妨げたものであるから、間接反証の一例とみて差し支えないであろう。<sup>(30)</sup>

(2) 同(2)の「過失」や表見代理における「正当事由」、借地借家法の「正当事由」は、規範的要件事実について、「主要事実説」をとった以上、その帰結として、これらを基礎付ける事実(評価根拠事実)が主要事実となるものであり、間接反証の事例とはなりえない。

(3) 同(3)の不法行為における「違法性」であるが、不法行為の成立について、仮に「違法性」を要件とする理論をとるとしても、これを基礎付ける事実が主要事実となり、やはり、間接反証の事例とはなりえないであろう。「違法性」を基礎付ける事実(評価根拠事実)こそが請求原因となり、「違法性阻却事由」を基礎付ける事実とは抗弁として捉えるべきであると解する。

(4) 同(4)の不当利得返還請求訴訟における「法律上の原因がないこと」については、どのように考えるべきか。

やはり、「法律上の原因のないこと」を規範的要件事実と解し、これを基礎付ける事実を要件事実と捉えるべきではないかと思われる。<sup>(31)</sup>

すると、「法律上の原因のないこと」を基礎付ける具体的な事実たる「被告が、原告所有の土地にある砂を発掘したとか、原告の預金通帳を払い出したこと」が請求原因事実、この発掘や払い出しを正当化する具体的事実が抗弁となり、間接反証に該当する事例ではないこととなる。

(5) 同(5)の準消費貸借契約における、旧債務の不存在を事由として争う事例であるが、同所で紹介されている最高裁判例が出た後も、準消費貸借契約における旧債務の存否に関する主張・立証責任については、準消費貸借の効力を主張する者が、旧債務の発生原因の主張・立証責任を負うとする見解(原告説)、準消費貸借の効力を争う者が、旧債務の不存在の主張・立証責任を負うとする見解(被告説)に分かれている。そして、倉田元裁判官や大江弁護士は、民法五八八条の条文の規定その他の理由により、原告説をとられる。<sup>(32)(33)</sup>

しかし、前記の最高裁判例がある以上、被告説で決着したと考えるべきではないかと思われる。

すると、旧債務は弁済されていたとか、その債務の発生原因につき、障害事由があったとかの主張・立証は、抗弁と解されることとなり、これも間接反証の事例とはならない。

(6) 同(6)の自賠法三条における「運行供用者」の概念については、前述のとおりである。やはり、これも規範的要件事実と解する。

5 (1) 次に賀集元裁判官が前記3の5(1)として取り上げられている詐害行為の成否が争われた事例につ

いて検討する。

まず、詐害行為取消権（民法四二四条）に関する判例の動向について、「要件事実の証明責任 債権総論」（西神田編集室）（春日偉知郎教授執筆部分）は、「判例は、概して、客観的要件うちの法律行為の詐害性と主観的要件うちの債務者の害意を（時には受益者の害意をも）相關的に把握し、一方で、贈与とか不当な廉価による売却などのようにそれ自体で詐害性を有することが明らかの場合には、債務者の主観的要素は債権者の害されることを認識していることで足りるとし（中略）他方で弁済のように行為の詐害性が微妙な場合には、債務者の主観的要素について債権者と一部の債務者との通謀を要する」としていると解説し、このような客観的要件と主観的要件とを相關的に把握する判例の立場を肯定する。判例を合理的に説明するためのいくつかの考え方を紹介した上で、その中で、「詐害行為を、主観客観両面の相關関連の中で総合的に判定し、行為の詐害性と債務者の主観的要素の両要件事実を「信義則ないし公序良俗違反」に昇華させる見解について、検討を加えている。そして、「贈与、売買、担保供与などはそれだけで、弁済や代物弁済はさらに債務者の害意とともに「信義則ないし公序良俗違反」という主要事実を推認させる間接事実であり、やむを得ない使途のためにされたことや目的物件の価額と売買代金額、被担保債権額、代物弁済額等との間に合理的均衡の存することは間接反証であるということになろう。」と解説する。<sup>(34)</sup>

しかし、行為の詐害性と債務者の主観的要素の両要件事実を「信義則ないし公序良俗違反」として構成したとしても、先のとおり、規範的要件事実について、主要事実説をとるなら、これを基礎付ける具体的事実（評価根拠事実）が主要事実となるものである。

大江弁護士は、民法四二四条の解説のうち、物的担保の設定（抵当権設定）の事例において、抵当権設定契

約を請求原因事実の一つとし、手段・方法が相当であることと、抵当権の被担保債権となった借入金目的が、有用の資に充てたものであることを抗弁として<sup>(35)</sup>いる。

したがって、主要事実説によるならば、賀集元裁判官の事例も、「仕入先に対し、現在および将来の債務の担保として、店舗その他の資産を増担保に供した行為」が詐害行為取消権の請求原因、「更生のためにやむなしということを基礎付ける事実」を抗弁と解することができる。したがって、これも間接反証には該当しないとの結論となろう。

(2) 同(2)の公害訴訟における因果の流れについても、「因果関係」を基礎付ける具体的事実を主要事実と解するならば、原告が(イ)被害発生の原因物質(ないしそのメカニズム)、(ロ)汚染経路、を主張・立証することにより、「因果関係」を基礎付ける事実を主張・立証したこととなり、被告たる企業が(ハ)被告企業において、原因物質を生成・流出しなかったこと、を抗弁として主張・立証しなければならぬと理解することができる。やはり、これらは、請求原因と抗弁として捉えることができ、間接反証の事例とはならないといえよう。

6 以上の検討により、日本において、間接反証について論じた文献の事例のうち、間接反証概念を純然たる事実認定の手法として限定した場合、間接反証として捉えなければならないのは、倉田元裁判官が挙げられた前記3の3(3)の自動車と自転車の接触の事例、元木元裁判官が挙げられた3の4(1)の認知の訴における「多数関係者の抗弁」(不貞の抗弁)のみということとなる。

(25) 倉田卓次「一般条項と証明責任」民事実務と証明論(日本評論社)二五二頁ないし二六六頁。以下、同論文を「倉

田 一般条項と証明責任」という。

(26) 倉田卓次「証明責任分配論における通説の擁護」民事実務と証明論（日本評論社）二七五頁。以下、同論文を「倉田通説の擁護」という。

(27) 伊藤二四〇頁は、注射の際における医師の過失を理由とする損害賠償請求事件で、注射器具、施術者の手指、患者の注射部位のどれについて消毒が不完全であったかが判明しなかった最判昭和三十九年七月二八日（民集一八卷六号一四一頁）の事例について、医師の過失が認定された結論を肯定し、この事実認定に関し、「注射器具、施術者の手指、患者の注射部位など手術に際して使用・利用されたものにおいて消毒の不完全があった」という形の認定、すなわち概括的認定であるとされる。そして、刑事裁判における択一的認定の事例も検討された上で、概括的認定や選択的認定が許容されるのはどのような場合であるかについて論じ、「概括可能な範囲は何かという少しでも分かり易い一般的な形で試みるとすれば、一つの言い方としては、事実としての関連性が密接であって、大小の関係にある範囲といつてよいであろう（中略）。具体的事実としては前記最高裁判所の昭和三十九年七月二八日の判決における手術の際の過失の態様は、『ある手術の際における麻酔注射に際しての医師の過失』という概括（これが『大』ということになり、その中の更に具体的な過失が『小』ということになる）が可能であるし（更に広く『ある手術に際しての医師の過失』という概括も可能かもしれない）、類似のものとしては、瑕疵担保責任又は債務不履行（不完全履行）責任を問う場合における瑕疵の具体性の程度が考えられる。こうした例は、他にも比較的思考易い。」と結論づけられる。竹下名譽教授が間接反証の事例として論じられた前記の自動車が崖から転落した事例についても、「YがBを乗用車で自宅に送っていく途中における、Yの自動車運転に際しての操作の誤り」という概略を「大」とし、スピードの出すぎや居眠り運転、ハンドル操作の誤り、ブレーキを踏むのが遅れたこと等の具体的な過失を「小」とする概括的認定が肯定されうる事案と思われる。

(28) 大江忠 第二版要件事実民法（中）債権（第一法規）四二八頁ないし四二九頁。以下、同書を「大江 要件事実民

法」という。

(29) これらの間接事実については、倉田卓次「父子関係の証明」民事実務と証明論（日本評論社）三三三頁ないし三三五頁を参考とした。以下、同論文を「倉田 父子関係の証明」という。

(30) 但し、倉田 父子関係の証明三三三頁ないし三三三頁においては「他に男がいないこと」は既に原告の主張立証の対象となっており、「他に男がいたこと」の立証は、直接反証であるとして、不貞の抗弁（多数関係者の抗弁）は間接反証ではないとする。

(31) 大江 要件事実民法（中）六三三頁ないし六三四頁も、利得が法律上の原因に基づかないことを基礎づける事実を、請求原因の一つとしており、このような考えに基づくことを明らかにした上で、不当利得の類型論に基づく分析を試みている。

(32) 倉田卓次「準消費貸借契約における旧債務の存在に関する立証責任」民事実務と証明論（日本評論社）二〇七頁ないし二二二頁。

(33) 大江 要件事実民法（中）三七七頁ないし三七九頁。

(34) 倉田卓次監修 要件事実の証明責任 債権総論一九一頁ないし一九二頁（西神田編集室）。

(35) 大江 要件事実民法（中）四五頁ないし四六頁。

## 6 間接事実からの事実認定において、間接反証理論の効用を肯定する立場と、否定する立場

1 間接反証理論の適用を純然たる事実認定の問題に限定するとしても、同理論の効用を肯定すると思われる竹下名誉教授は、「間接反証の理論は、举证責任の分配についての通説（法律要件分類説）を維持しながら、証明困難



な主要事実につき、その存否の認定に役立つ間接事実の確定責任を両当事者に分配し立証の負担の公平を図ることを理論上可能ならしめる。」とする<sup>(36)</sup>。

2 もちろん、先の間接反証の定義からしても「相手方（間接事実の存在を主張している当事者）が主張している事実とは直接かかわりのない他の事実の存在を立証し、もって、経験則の適用を排除しようとするのであるから、少なくとも、その事実の存在については、裁判官に確信を抱かせる程度の証明、つまりその立証は本証でなければならぬ」ことが前提となる<sup>(37)</sup>。

3 「新民事訴訟法講義」（補訂版）（有斐閣大学双書）（青山善充教授執筆部分）も「間接反証概念は、法律要件分類説（規範説）の提唱者であるローゼンベルグの創見にかかるが、論理必然的な関係があるわけではなく、その働く本来の場面は証明責任の場ではなく、むしろ裁判官が間接事実から自由心証によって主要事実を推認してゆく事実認定の場である。なるほど、一般条項や因果関係で証明すべき事実の類型化が進み、従来、間接事実として考えられていたものが主要事実として捉えられると、もはやそのレベルでは間接反証は働かなくなる（間接反証事実が抗弁事実として構成される）が、今度は新たに主要事実とされた事実をその下の間接事実から推認してゆくそのレベルで用いられることになるのであって、およそ間接事実から主要事実を推認することが否定されない限り、間接反証の効用を否定することはできないであろう」と述べ、前記「第一巻」の見解と同様、規範的要件事実については、これを具体的に基礎づける事実（評価根拠事実）が主要事実となることを認める一方で、事実認定の場における間接反証理論の効用を肯定される<sup>(38)</sup>。

4 ところで、裁判官出身者の中にも、事実認定における間接反証の効用に疑問を呈する見解がある。

例えば、前記のとおり、「賀集 挙証責任」において、間接反証の効用を分析された賀集元裁判官は、その後に

書かれたジュリスト増刊「民事訴訟法の争点」(第三版)所収の「間接反証」において、①経験則の適用による事実上の推定を「それは、ただ一回限りの総合的判断である。これに対し、間接反証の考え方は、原則・例外の枠組みの下に、あたかも請求原因と抗弁のように、まず、間接本証事実の存在を証拠上確定し、ついで、これとは別個に間接反証事実の存否を証拠によって判断する、という二段構えである。原則・例外の二段構えの方が、判断に節目が付き、一回限りの総合的判断よりも安定性があると評価できるかもしれない。(中略)どのような具体的状況を想定して原則・例外の枠組みを作るべきかということになると、結局は、これといった決め手がないのではなからうか。」②「間接反証事実」は、完全に証明されなければならないというのが、間接反証理論である。それでは、主要事実の存在を強力に疑わしめる間接反証事実が、完全な証明(本証)には至らなくても、その手前のところまでは立証できたという場合は、どうであろうか。そんなに強力な間接反証事実であれば、完全な証明は出来ていなくても、主要事実の存在は怪しくなるはずであり、これが常識である。間接反証理論も、この常識は認めざるをえない。」③「実体法規の要件事実が存在不明であれば、当該法規の適用・不適用が決まらず、ひいては、裁判の内容も決まらないこととなる。(中略)ところが、経験則による事実認定においては、間接事実の存否が不明であることによってどういう判断が不可能になるというのであろうか。間接反証理論は、この点に思いを致すことなく、事実認定の領域に挙証責任の手法を持ち込むものであるから、到底、批判を免れることができない。」との三点の理由を挙げ、間接反証理論の効用を否定されるに至った。<sup>(39)</sup>

また、伊藤元裁判官は、賀集元裁判官が間接反証批判の理由として挙げられた前記①ないし③のうち、②に賛同するとして、「間接反証の考え方について筆者が持つ最も基本的な疑問は、間接反証事実について、証明を要する点と点である。換言すれば、間接反証理論は、間接反証事実が証明されない限りは、いくら証明に限りなく近い

程度にまで同事実の存在の可能性が高くなったと考えられる場合であっても、事実認定の上では、そのことを全く無視してしまうというわけであるが、その点を疑問に思うのである。」との問題を提起し、間接反証理論を否定する見解に立たれる。<sup>(40)</sup>

5 なお、伊藤元裁判官は、間接反証に替わる概念として、「反対間接事実」という考え方を提唱される。すなわち「間接事実と両立する事実で、かつ、間接事実による要件事実を推認させる力（推認力）を妨害する力（推認妨害力）を有する事実」を「反対間接事実」と定義し、この事実は、必ずしもその存在の「証明」を要しないとするのである。<sup>(41)</sup>

そして、以下のような例を挙げられる。

XがYから広大な同一地番の土地の一部である、ある土地（甲地）を一億六〇〇〇万円で買ったとして、甲地についての売買契約の成立を主張してYに甲地の所有権移転登記及び引渡を請求し、売主とされるYが、買主がXであることも対象地が甲地であることも否認しており、書証が決めてとはなりにくい事案があり、Xが「①Xは家具の販売業者であったが、契約成立日とされる日（以下「当日」という。）に先立ち、甲地の付近の不動産業者に、家具の販売店の用地として適切な土地はないか行つて、甲地を含む付近の土地の所有者と時価を尋ね、その不動産業者は甲地の所有者をYと、その時価を約一億六〇〇〇万円と答えた。②Xは、当日に先立ち、付近の家具店の分布状況・営業実績や付近の住宅の家具の需要状況を調査した。③Xは、当日に先立つ一か月ぐらい前に家具販売店のための適地を購入したい旨の希望を甲地の所有者Yに述べて、同人にそのような土地を売る意思があるかを尋ねた。④Xは、当日の2日ほど前に、取引先の銀行から三〇〇〇万円の融資を受けた。⑤当日XとYとは面談しており、当日にYの預金口座に三〇〇〇万円の金銭がXから振り込まれている。⑥甲地は、面積、形状、接道状況その

他の状況が、家具の販売店の用地として適切な土地であった。」との事実があれば、XはYから甲地を買った可能性が高いが、「Yは、多くの不動産を所有している地主で、甲地の直ぐ近くで同一地番内にある、当日現在において、面積、形状、接道状況その他の状況がほぼ同様な条件の（したがって時価もほぼ同様の）別の土地（乙地）をも所有していたが、そのこと及びその時価も約一億六〇〇〇万円であることを前記不動産業者が①の機会に述べていたという事実（マイナスA事実）があるとすると、①ないし⑤の各事実は、乙地の売買契約の成立にも積極的に働かし、⑥の事実の持つ意味も減殺されるので、①ないし⑥のみでは、甲地の売買契約締結を推認させるのに十分とは言えなくなるとする。

また、「その不動産業者はXに対して、甲地、乙地の時価が本当はそれぞれ時価約二億円であるところ、誤ってその八割ほどを答えてしまったことに気づき、その翌日Xに訂正の電話をした」との事実があれば、前記①の間接事実による主要事実を推認させる力（推認力）を妨害することとなり、そして「Xの親戚の有名な家具量販店の経営者は、甲地・乙地の存在する地域かその付近で家具店を開きたいと考えていたが、直接自分が問い合わせると警戒されるという理由で、当日に先立ち、Xにそのための調査を依頼した」という事実があれば、前記①ないし③の間接事実による推認力を妨害することとなりうるという事例である。

伊藤元裁判官は、右の事例における間接事実による推認力を妨害しうる事実を「反対間接事実」とし、必ずしも証明がなくても、事実認定の用に供することが可能とされる。

6 やはり、間接反証を事実認定の問題に純化した場合、賀集元裁判官による①ただ一回限りの総合的判断であるべき経験則の適用による事実上の推定を、原則・例外の枠組みの下にまず、間接本証事実の存在を証拠上確定し、これとは別個に間接反証事実の存否を証拠によって判断する、という二段構えとするが、どのような具体的状

況を想定して原則・例外の枠組みを作るべきかということになると、決め手がない、②間接反証事実を、完全に証明されなければならないとする点の不当性、③経験則による事実認定において、間接事実の存否が不明であることによつてどういふ判断が不可能になるかという点に思いを致すことなく、事実認定の領域に拳証責任の手法を持ち込んで、との三点の批判、特に伊藤元裁判官が支持され、「間接反証」とは異なり証明までは要しない「反対間接事実」という概念まで提唱するに至つた②の点に着目して、その効用の有無を検討すべきと考える。

(36) 竹下一四五頁。

(37) 元木四四頁。

(38) 新民事訴訟法講義(補訂版)(有斐閣大学双書)三一五頁。

(39) 賀集唱「間接反証」ジュリスト増刊 民事訴訟法の争点(第三版)二一〇頁ないし二一一頁。以下、この論文を「賀集 間接反証」という。

(40) 伊藤一一一頁。

(41) 伊藤一一六頁ないし一一九頁。

## 7 間接反証という概念の効用の有無を検討するにあたり、めざすべき指標

1 「間接反証」という概念が、事実認定上有用であるか否かを考えるにあつては、それが「適切な事実認定」に資するものであるかにより、判断されるべきと考える。竹下名譽教授は、「証明困難な主要事実につき、その存否の認定に役立つ間接事実の確定責任を両当事者に分配し立証の負担の公平を図ることを理論上可能ならしめる。」ことを間接反証の効用としている。もちろんこのような目的も、「適切な事実認定」に含まれるものであるが、「間

接反証」から、規範的要件に関する問題を取り除き、事実認定の問題に純化する以上は、これだけに留めるべきではないであろう。

2 この「適切な事実認定」につき、現職の裁判官である垣内正判事は、「事実認定のプロセスについて」（民法学の軌跡と展望（國井和郎還暦記念論文集）（日本評論社）において、「裁判における事実認定は、残された証拠（書証、証言、供述等）から、この過去に起こった事実、『真実』を明らかにしようという、困難な作業である。事実認定には、問題集の模範解答のような正解は用意されていない。たどりついた結論が『真実』に合致しているかどうか確かめる手だてはないのである。その意味では、事実認定について、結論のみを取り上げて適切な認定か否か論ずることは意味のないことである（中略）事実認定においては、いかなる結論にせよ、その結論にたどりつくプロセスこそが大切なのであって、民事訴訟における（刑事訴訟も同様であろう）適切な事実認定とは、事実認定のプロセスが適切であることと言うべきであろう（中略）適切な事実認定は、『印象』や『勘』によるのではなく、事実認定のプロセスにおいて、結論に至る論理の構造ないし思考の経緯が客観的で合理的なものでなければならぬ。」とする。<sup>(42)</sup>

そして、このための提案として、「事実認定のプロセス、書証や証言等から主要事実の認定に至るプロセスが、裁判官の自由心証というブラックボックスの中に隠されて、外から見えないというのでは、これが合理的なプロセスを踏んだのか否かどうか検証できない。」と述べ、このために、「まず、当該事実認定に至ったプロセスを事後的に開示することが必要であるが、この点、判決は、その理由中で、裁判所の事実認定のプロセスを説明することが求められている。」とし、判決において、間接事実から経験則により主要事実を認定できたか、あるいはできなかつたかを過不足なく判決理由に記載することを求める。<sup>(43)</sup>

また、「次に、訴訟の進行中においても、裁判所と当事者、代理人弁護士とが事実認定のプロセスを共有することが必要である。実際の訴訟においては、前述の重層的構造を呈する間接事実はずべて一時に認定されることはなく、また、事実認定の論理の構造どりの順序で認定されることもない。訴訟の進行とともに、次第に順不同で事実認定の重層的構造が姿を現すことになるが、裁判所と当事者は、この進行途中の事実認定のプロセスについて、認識を共有しつつ審理を進めることが求められる。」「裁判所と当事者側とは、進行中、弁論や争点整理手続において率直に意見を交換して、進行途中の事実認定のプロセスについて認識を共有すべきである。そのためには、必要な範囲で、裁判所から当事者側に、裁判所の進行途中の事実認定のプロセス（形成途上の心証）を知らせることも必要であろう。このように判決の理由中における必要かつ十分な説明と、訴訟進行中における裁判所と当事者間の事実認定のプロセスの共有とが、客観的で合理的な事実認定のプロセスを担保することになる。」と論じられるのである。<sup>(44)</sup>

私も、垣内裁判官に全面的に賛成するものである。やはり、「適切な事実認定」といえるためには、①判決の理由中における必要かつ十分な説明、②訴訟進行中における裁判所と当事者間の事実認定のプロセスの共有、の二点が不可欠といえよう。

特に、争点中心に判決理由を記載するいわゆる「新様式判決」がほとんどとなった昨今においては、この重要性は一層増すことであろう。

しかし、現実の民事裁判において、①②が全て行われているかといえば、残念ながら否定的にならざるをえない。①の判決理由中における必要かつ十分な説明については、個々の事例や、担当裁判官により、大きく異なるといえるが、②の訴訟進行中における事実認定プロセスの共有というのは、なかなか期待できないのではないだろう

か。もちろん、この原因は、どの主要事実を立証するための間接事実かを明確に意識しないまま、依頼者の述べるとおりの事実経緯を漫然と準備書面に記載する代理人弁護士、そして多くの事件を並行して処理せざるを得ず、慢性的な過重労働となっているため、一件あたりの争点整理に時間をかけられない裁判官の状況等、様々と思われる。

なお、垣内裁判官は、前記論文において、ご自身が裁判官として担当された事件として、「土木建設業を営むX社がY生命保険相互会社に対し、X社代表取締役社長を被保険者、X社を受取人として契約していた生命保険契約に基づき、社長の死亡を原因として一億円の保険金の請求を行った。ところが、Y社は、X社には商法上の告知義務違反（注―商法六七八条、六四四条）があるとして契約を解除し、保険金の支払を拒んだ。すなわち、X社社長は、契約締結から一〇か月後に肺癌により死亡したものであるが、保険契約の三か月前に行われた社内健康診断で医師から胸部レントゲン検査の結果につき『要精密検査』と指摘されていたのに、契約時の質問書に対して、『健康診断等で要精密検査と指摘されたことはない』旨告知していたから、これが告知義務違反にあたるとされた。そしてX社からY社に対し保険金請求訴訟が提起され、同社長がY社に対するこの告知をした当時、健康診断における胸部レントゲン検査の結果につき『要精密検査』の指摘を受けていたことを知っていた事実（主要事実A）が認められるか否かが争点となった。」との事例を挙げられる。そして、「社長は幼少のころからいたって健康であったこと（間接事実a）、社長は健康診断終了直後に医師から胸部レントゲン検査の結果について説明を受けていなかったこと（同b）、社長は健康診断後もX社の業務や趣味のゴルフを続けていたこと（同c）、健康診断から二週間後、胸部レントゲン検査の結果につき『要精密検査』と記載された社長分の健康診断結果表を含む役員及び従業員の健康診断結果表が医師から会社に届き、社長の机上の未決裁箱に上げられ、その後、社長によって既決裁箱に下ろさ



れていたこと（同d）、X社は従前から別の保険会社との間で社長を被保険者として本件保険契約と死亡時や入院時の保険金額を同額とする内容の保険契約を結んでいたが、社長は、Y社の外務員がX社の業務に協力してくれたことに恩義を感じて、従前の他社との契約を解約して本件保険契約を締結したこと（同e）、本件保険契約締結から二か月半後に社長とこの健康診断を行った医師とが地域の会合で同席した際、社長が精密検査を未だ受けていないことが話題となったこと（同f）、社長は、同契約締結から三か月余り経過後に始めて家族に胸部の痛みを訴え始めたこと（同g）、さらに二か月後に、社長は初めて医師の診察を受け、その際に肺癌が発見されたこと（同h）というaないしhの間接事実が認定されたとする。

d及びfの事実は、本件の主要事実（A）である「社長が要精密検査との指摘を受けていたことを知っていた事実の存在」を推認させるものであり、それ以外のa b c e g hの事実は、むしろ「社長はこの指摘を受けていた事実を知らなかったこと」を推認させる方向に働く間接事実たりうる。

そして、dについて、さらに掘り下げてみると、X社の事務員は、社内健康診断を受けた役員及び従業員二十八人分全員の診断結果の個人票が医師から届くと、これらを順不同のままに病院の袋に一括して入れたまま社長の未決裁箱に上げたこと（間接事実g）、それは決裁印を受ける書類の形式とはされず郵便物等と一緒にされて上げられていたこと（同b）、その後、その封筒のままの形で既決裁箱に移されたこと（同c）という一連の事実が認められ、さらに先のa b cの間接事実から、社長は当時自己の健康に全く不安を持っていなかったこと（同d）が認められることとなった。

また、fについては、医師の証言を吟味すると、精密検査を受けたのかを聞いたのは、医師のほうであり、またアルコールの入った会合だったので、記憶がはっきりしないということも判明し、結局、d及びfの間接事実から

の「社長が要精密検査との指摘を受けていたことを知っていた事実の存在」（主要事実A）の推認は妨げられ、Aの事実は認められないと判断したという事例である<sup>(45)</sup>。

3 ところで、間接事実による主要事実の認定について、今中道信元裁判官は、「本日の問題は、この間接証拠による事実認定の特質であります。直接証拠から主要事実を認定する場合には、問題は、早く言えば、その証言が嘘か本当か、ということになりましょう。甲が乙に金を貸した、と申し立てられた事案で、立ち会っていた丙がおり、その丙が『貸しましたよ』と証言した場合、この証言が嘘か本当かということがほとんどすべてです。事実認定を間違える機会は一回です。ところが、間接証拠で認定しようとする場合には、まず、間接証拠で間接事実を――おそらくは数個の間接事実を――『認定』する、次に、間接事実から主要事実を『推定』する、と、こういうことになります。すると、間接証拠から間接事実を推定する場合に一回間違える可能性があり、次に、間接事実から主要事実を推定する段階でもう一回間違える可能性があることになります。また、その間接事実と言いまして、間接事実の間接事実、すなわち再間接事実ということもあり得るわけです。例えば、木に例えると、すくと真つすぐ立っている幹が主要事実だとすると、枝が間接事実で、葉が証拠です。しかし、枝の枝ということもあるのであって、その枝の枝が再間接事実に当たるわけです。だから、再間接事実から間接事実を推定し、間接事実から主要事実を推定しますから、推定は二回になります。すると、間違える機会は三回ということになります。推定というのは、認定と違います。甲の事実があったら乙の事実がある可能性があるという、その蓋然性を指すのでありますから、絶対にいうわけにはゆかない。必ず例外、すなわち、『反対事実の存在の可能性』があるのであります。それと補充的に注意を喚起したいことがあります。これは間違えやすい点なのですが、主要事実を認定する場合は、非常に真剣に考えるが、間接事実を認定する場合には真剣に考えない傾向がある。しかし、間接証拠による間接事実の認定も

また証明であつて、疎明ではないわけです。やはり、厳格な証明であるわけです。ところが、このことは案外意識されず、判決でもこのあたりゴチャゴチャと書いてあることが多い。これは頭の中で間接事実による事実認定の論理が十分整理されていないからであります。例えば、金銭消費貸借の成立の可能性を示す事情として、漫然と『彼は、当時、お金に困つておつた』と書いてあつた事例があるが、金に困つておつた、というのは、多くの場合一つの判断であり、更に厳密な検討を要するのではないでしようか」と述べられ、間接証拠からまず間接事実を認定し、これにより主要事実を認定する場合の危険性に警鐘を鳴らしている。<sup>(46)</sup>

特に「反対事実の可能性」を指摘され、また、間接事実の認定も「証明」であることを強調されていること、これとの関係で、間接事実による事実認定の論理を十分に整理しないまま漫然と書かれた判決が多い点も指摘されていることに注意すべきであろう。

4 一方で、吉川慎一裁判官は、要件事実を認定する構造について、モデルとして、「直接証拠と間接事実との関係については、直接証拠がある場合には、直接証拠によって要件事実を認定すべきであり、直接証拠がない場合にのみ間接事実を認定して要件事実を推認すべきである。」とする考え方(吉川裁判官は、これを「直接証拠中心主義」と名付ける)と間接事実によるチェックを重視し、間接事実による推認を中心に考える立場(同裁判官は、これを「間接事実中心主義」と名付ける)を分け、実際の訴訟運営としては、後者の「間接事実中心主義」を妥当であるとする。そして、事実認定をプロセスとしてとらえるという点においては、先の垣内裁判官と同じ基盤に立たれる。事実認定は、仮説の検証であり、仮説の反証の機会を与えることにより、事実認定の客観性が根拠づけられるとするのである。

吉川裁判官は、具体的な事実認定の構造と訴訟運営については、「I ①当事者間に争いのない間接事実と、②

客観的な証拠によって確実に認定しうる間接事実から紛争の概要を把握し、仮説を定立する。II これを当事者に開示するなどしてまず弁論で反証の可能性を探り、仮説を検証する。III 必要があれば証拠調べで検証する。」という訴訟運営全体が同時に事実認定であると解し、その帰結として「I 弁論は要件事実の明確化と欠缺の補充にとどまてはいけない。II 訴訟の対象となっている紛争の全体像を把握するために、事情の主張と認否を重視する。III その上で目的と必要性を吟味して証拠調べを行う」のが適切な訴訟運営であると結論づけられる。<sup>(47)</sup>

5 このように、今中元裁判官の前記論文では、間接事実についても証明を要することを明確に論じており、垣内、吉川両裁判官も、間接事実の認定にも証明が必要であることを前提とした記述をされている。

また、垣内裁判官は、「適切な事実認定」の一要素として、「判決の理由中における必要かつ十分な説明」を挙げしており、「間接事実から経験則により主要事実を認定できたか、あるいはできなかったかを過不足なく判決理由に記載すること」を求める。今中裁判官も、判決にあたっては「頭の中で間接事実による事実認定の論理を十分整理すること」が必要とされる。

そして、垣内裁判官は、「適切な事実認定」のために不可欠とされるもう一つの要素として「訴訟進行中における裁判所と当事者間の事実認定のプロセスの共有」を強調される。「間接事実中心主義」を提唱される吉川裁判官が前記のとおり論じられる「I ①当事者間に争いのない間接事実と、②客観的な証拠によって確実に認定しうる間接事実から紛争の概要を把握し、仮説を定立する。II これを当事者に開示するなどしてまず弁論で反証の可能性を探り、仮説を検証する。III 必要があれば証拠調べで検証する。」との記述も、垣内裁判官の「訴訟進行中における裁判所と当事者間の事実認定のプロセスの共有」とほぼ同趣旨と思われる。

(42) 垣内正「事実認定のプロセスについて」民法学の軌跡と展望（國井和郎還暦記念論文集）（日本評論社）五六二頁ないし五六三頁。以下、同論文を「垣内」という。

(43) 垣内五七〇頁。

(44) 垣内五七〇頁ないし五七二頁。

(45) 垣内五六五頁ないし五六八頁。

(46) 今中道信「事実認定のマインド」民事事実認定（判例タイムズ社）一三三頁ないし一三四頁。

(47) 吉川慎一「事実認定の構造と訴訟運営」自由と正義 一九九九年（平成十一年）九月号（日本弁護士連合会）六二頁ないし七一頁。

## 8 「適切な事実認定」をめざすための間接反証という概念の効用

1 垣内裁判官による前記「適切な事実認定」をめざすために、どのような方策がありうるか。

まず、間接事実により適切な事実認定を行い、訴訟進行中においても、このプロセスを裁判所、当事者間で共有する、あるいは間接事実から仮説を定立し、これを検証してゆくためには、間接事実についても、主要事実と同様、緻密な整理をすべきことが前提となるかと思われる。

2 この場合、やはり、訴訟進行中において、例えば原告が主張し、立証を試みている a b c d e の間接事実が証明されたなら、A という主要事実が推認できる、しかし、被告が主張しているこれと両立する f の事実が証明されたなら、a ないし e による推認は覆り、裁判所は、主要事実 A は立証されなかったとして、事実認定をすることとなるとの共通の認識を得た上で（もちろん、a ないし e の間接事実のうちには、既に被告が自白しており、あるいは成

立に争いのない書証により、容易に認定できるものもあると思われる）、証拠調べを進め、判決に至るほうが、垣内裁判官の言われるような『印象』や『勘』によるのではなく、事実認定のプロセスにおいて、結論に至る論理の構造ないし思考の経緯が客観的で合理的なもの」となりうるのではないだろうか。

また、吉川裁判官の提唱される間接事実による仮説の提唱、そしてそれを当事者に適宜開示した上での検証を實現する場合にも、原告がどの間接事実を証明した場合、どの主要事実が推認できるか、そして被告がどの間接事実を証明した場合、これが覆るかが、その仮説及び検証の具体的内容となるかと思われる。

このような、判決による結論だけではなくプロセスを重視した「適切な事実認定」をめざすにあたっては、間接事実についても、判決時ではなく、既に審理の過程で明確な整理をし、裁判所と当事者（多くの場合、代理人弁護士）との認識を共通にしておくことが求められるであろう。この裁判所と当事者の認識を共通にするにあたり、「ある主要事実について立証責任を負う当事者が、これを高度の蓋然性をもって推認させるに足る間接事実の存在を証明した場合に、相手方が右間接事実と両立しうる事実の存在を立証することによって、間接事実から主要事実を推認することを妨げる方法による反証」の概念は、有用と考えられるのである。すなわち「訴訟進行中における裁判所と当事者間の事実認定のプロセスの共有」の中核たる事実認定の客観化を図る上で間接反証概念の効用は否定し難いのではないかと思われる。

そして、このように、「ある主要事実の立証のために、まず原告がとの間接事実を立証すべきか、またこれらの間接事実が立証された場合、被告がどのような間接事実を立証しえたならば、推定は覆るか」という、いわば間接反証概念を基礎として当該事件の審理のために設定したルールを、裁判官及び双方当事人が明確に認識した上で、集中して人証調べ等を行ったならば、裁判官は、審理の最終段階において起案する判決書において、「判決理由中

における必要かつ十分な説明」をすることもさほど困難ではなくなるであろう。

垣内裁判官が提唱される「判決の理由中における必要かつ十分な説明」と「訴訟進行中における裁判所と当事者間の事実認定のプロセスの共有」はあたかも、コインの表裏の如きものと考えられ、いずれを指すにあたっても、間接反証概念は、役に立ち得ると思われる。

### 3 なお、ここで、間接反証概念の効用を否定する見解に対する検討をする。

まず前記6の4に掲げた賀集元裁判官による批判のうち、①の、「間接反証の考え方は、原則・例外の枠組みの下に、あたかも請求原因と抗弁のように、まず、間接本証事実の存在を証拠上確定し、ついで、これとは別個に間接反証事実の存否を証拠によって判断する、という二段構えである。原則・例外の二段構えの方が、判断に節目が付き、一回限りの総合的判断よりも安定性があると評価できるかもしれない。(中略)どのような具体的状況を想定して原則・例外の枠組みを作るべきかということになると、結局は、これといった決め手がないのではなからうか。」という点であるが、まさに事実認定のプロセスを客観化し、裁判所と当事者で共有化するためには、「判断の節目」(原告、被告のどちらが、どの間接事実を立証すべきか)を明確にすることが有用といえると思われる。また、どのような状況を想定して原則・例外の枠組みを作るべきかという決め手がないというのは、間接事実から経験則を利用して事実認定をする場合全てにあてはまることであり、間接反証だけの問題ではないと解する。むしろ、事実認定のプロセスを重視するのであれば、判決に至る前の口頭弁論、あるいは弁論準備期日において、当事者代理人が、それぞれが主張し、立証を試みる間接事実についても、これがどの主要事実を立証するためのものか、あるいは間接事実による主要事実の推認を覆すためのものかを明確にした主張をし、裁判官がこれを適切に整理してゆくことにより、審理のプロセスの中で、原則・例外につ

いての共通の認識をつくってゆくことができると思われる。

次に②の「間接反証事実」は、完全に証明されなければならないというのが、間接反証理論である。それでは、主要事実の存在を強力に疑わしめる間接反証事実が、完全な証明（本証）には至らなくても、その手前のところまでは立証できたという場合は、どうであろうか。そんなに強力な間接反証事実であれば、完全な証明は出来ていなくても、主要事実の存在は怪しくなるはずであり、これが常識である。間接反証理論も、この常識は認めざるをえない。」との批判であるが、間接事実についても、証明を要するという見解をとるのであれば、やはり間接反証事実も、証明を要するとみるのが相当ではないだろうか。そして、先のとおり、審理のプロセスにおいても、事実認定の重層構造について、裁判所と当事者間の認識を共通にし、これに基づいた判決言渡をするというのであれば、やはり、どちらの当事者が、どの事実を証明できたときに、どのような結論となるかのルールをそのプロセスにおいて作成しておかなければならないと思われるのである。やはり、そのルールというのは、個々の間接事実を、どちらかの当事者が「証明」できた場合の効果がどのようなものになるかに他ならないのではないだろうか。

もちろん、先の原告が主張し、立証を試みている a b c d e の間接事実が証明されたなら、A という主要事実が推認できるが、被告が主張しているこれと両立する f の事実を立証した場合、a ないし e による推認は覆り、主要事実 A は立証されなかったこととなる場合における、間接反証事実たる f の事実が、被告にとって大変証明困難なこともあろう。

しかし、このような例外的な事例は、あくまで例外として捉えるべきであり、例外的な事例を根拠として、一般的な事実認定における間接反証概念の効用自体を否定すべき必然性は存しないと考えられる。このような



例外的事例については、例えば田尾桃二元裁判官が、事実認定の難しい場合において考えられる方策の一つとして挙げられているように、認定対象やテーマの変更を検討する、あるいは、最近論じられている「証明度軽減の法理」等の別個の理論により、救済が図られるべきものと考え<sup>(48)(49)</sup>える。

なお、野崎幸雄元裁判官が、現職の東京高裁裁判長であった当時に行った講演における発言も、この見解の妥当性を裏付けるものといえよう。同元裁判官は、「心証のなだれ現象」といふ言葉は余りお聞きになったことがないかと思いますが、私は心証の動きを説明するために時々この言葉を使うことにしております。ある事実の存否が争われているときに、立証ありとされるのはどういふ場合であるかということを経験論の世界ではなく議論いたします。証拠の優越でよいとか、合理的な疑いをさし挟まない程度の証明が必要であるとか、民事と刑事では証明度が違ふとか、いや同じだとか、いろいろの議論がございます。民事に関しては、アメリカでは証拠の優越で足ると言われており、日本でも民事訴訟の証明とはその程度のものではないかという意見が強いと思いますが、ある人はそれは七〇%の蓋然性と言ひ、ある人は八〇%の蓋然性と表現しています。しかし心証計というものがあつて、裁判官の心証が只今六〇%とか七〇%とかいふように針で示されるわけではありませんから、いずれの説のいうところもあまり違わないということができるのではないかと思います。証拠の優越という言葉を使うと、では原告の証拠が五一%で、被告の証拠が四九%のときにどうするかというような質問がよく出てまいります。証拠の優越とは必ずしもそのような数値的なものではないと思いますが、仮に裁判官の心証というものを何かの目盛りで示すことができるとしますと、恐らく原告側の立証がなされるとすぐ心証は原告側に動き、被告側の立証が始まると針が被告側に動いてアップダウンクイズのようになることでしょう。両者の証拠が出されて、優位なのは原告側かな、被告側かなという段階があることは間違いないのです。

が、結果として四分六分だということで決めるということは余りないのではないかと気がするのです。それは何故かと申しますと、何かの証拠が出たことをきっかけとして、心証が一〇対ゼロになるのが通常だからです。心証がある時点でなだれを起こして、どちらかの当事者の主張が正しいと考えるようになるのです。それが決定的な証拠であり、なだれを起こさせる証拠を間違えたときに誤判が生ずるのだと思います。例えば松川事件でも、諏訪メモが出されて心証のなだれ現象がおきたわけです。恐らく刑事事件でも民事事件でも非常に争われている事件では、最後にそういう心証の動きがあるのだと思います。正当事由などについては、四分六分ということはあるかもしれませんが、物の存否についての判断を五分五厘と四分五厘で、五分五厘の方で決めようということになることはないのでしょうか。」との講演を<sup>(50)</sup>されている。

主要事実を推認するための重要な間接事実、あるいはその反面としての間接反証事実についても、このようなことがあてはまるのではないだろうか、すなわち、間接反証事実となるfの事実についても、それが訴訟の帰趨にとって、重要であればあるほど、裁判官が真偽不明のまま、判決に至るという事例は少なく、弁論終結の段階では、どちらかという心証を得ている場合がほとんどと思われるのである。

なお、賀集元裁判官の批判のうち、③「経験則による事実認定においては、間接事実の存否が不明であることによってどういう判断が不可能になるというのであろうか。」の批判に対する一応の回答であるが、まさに、原告が主張し、立証を試みているa b c d eの間接事実が証明されたなら、Aという主要事実が推認できるが、被告が主張しているこれと両立するfの事実を立証した場合、aないしeによる推認は覆ることとなる。その結果として、裁判所は、主要事実Aは立証されなかったこととなるとのプロセスの共有（垣内裁判官）、あるいは仮説の検証（吉川裁判官）のもとで証拠調べを終了し、判決をする場合、aないしeの事実は証明され、

fの事実が証明されなかったならば、Aという主要事実を認定するという判断が可能になることを意味すると思われる。

(48) 事実認定が困難なときの方策については、田尾桃二元裁判官による「民事事実認定論の基本構造」民事事実認定(判例タイムズ社)三二頁ないし六〇頁のうち、五三頁ないし五六頁に記載されている。このうちの立証テーマの変更であるが、主要事実でない間接事実が問題とされる間接反証においては、より柔軟に立証テーマ(先の被告が立証すべきfたる間接事実は何かということ)を変更することができるのではあるまいかと思われる。

(49) 証明度軽減の法理については、加藤新太郎裁判官による「手続裁量論」(弘文堂)の第六章「証明度軽減の法理」(同書二二四頁ないし一六〇頁)に詳細に論じられている。具体的には、I 事実の証明が事柄の性質上困難であること。II 証明困難である結果、実体法の規範目的・趣旨に照らして著しい不正義が生じること。III 原則的証明度と等価値の立証が可能な代替手段を想像することができないこと、の三つの要件を挙げられている。間接事実の認定にも「証明」が必要であるとの見解をとった場合、主要事実のみならず、間接事実の証明にもあてはめることのできる法理であり、間接反証事実の認定についても、参考になるものと思われる。

(50) 野崎幸雄「裁判官からみた反対尋問」もつとも効果的な反対尋問(東弁研修叢書13)東京弁護士会三四頁ないし三五頁。

## 9 最後に

1 最後に、先に間接反証概念の効用を肯定する立場から書かれた各論稿の事例のうち、事実認定の問題としての間接反証といえる事例、そして間接反証概念の効用を否定する伊藤元裁判官が挙げられた実例、また「訴訟進行

中における裁判所と当事者間の事実認定のプロセスの共有」の重要性を解かれる垣内裁判官が挙げられた実例について、検討してみる。

2 まず倉田元裁判官の挙げられた前記3の3(3)の、自動車が自転車を追いついた際、車体がハンドルに接触して自転車を倒し、人身事故が起こったという請求原因に対し、この接触の事実、不法行為の存在そのものが争われた事案において、原告が(イ)路上にいた目撃者の「自動車の追抜き直後に自転車の横転するのを見た」旨の供述、(ロ)実況検分によってこの自動車(甲車)の車体左側に引掻き傷が認められ、その部位が自転車のハンドルの高さにほぼ一致すること、(ハ)また、ハンドルの右端にもペンキ様の物質の付着が認められ、分析の結果車体の塗料と同様の物質であると判明したこと、(ニ)右ハンドルにショックを感じたと自分の供述、を証拠として提出したのに対し、被告が、(ホ)目撃者が無関係な第三者ではなく、原告の取引先で、事故の当日原告が売掛金の催促に来て見送られて帰る矢先の出来事だったことを証明し、(ヘ)原告の自宅にある息子名義の自動車(乙車)が被告所有の加害車と同一車両で同じディーラーから同じ頃買われている点に着目し、検証を申請した。検証の結果、前記の引掻き傷より小さいがハンドルの端とピタリ同じ高さに塗料の剝離した接触痕があり、塗料は前記のと同一种類と鑑定された、(ト)本人尋問において事故当時何らショックを感じなかったと供述した、との事案において、原告が立証すべき間接事実(イ)ないし(ニ)であり、これが立証されれば、被告の自動車が原告の自転車に接触した事実が強く推認され、原告は、被告の過失に該当する事実を証明できたこととなり、請求は認容されるが、被告が(ヘ)の事実(間接反証事実)を立証した場合、この推定は覆り、請求は棄却となること、そしてこのように間接事実を整理した上で、訴訟を進行させ、最終的には判決することに異論を挟む者は多くないと思われる。まさに、客観的で合理的な事実認定のプロセスを担保するものとなるだろう。

3 元木元裁判官が挙げられた前記3の4(1)の「不貞の抗弁」(多数関係者の抗弁)は、親子関係等は、DNA鑑定により行われることが通常となった昨今においては、あまり論ずる意味もないかもしれないが、これが論じられた当時の科学技術に立ち返って考えれば、原告が、①問題の子の懐妊期間中、被告と原告の母との間に性的交渉があったという事実、②仕送りをした、③赤ん坊に名前を付けた、④男として責任をとると言った(②ないし④は被告が原告を子として認めていた言動(認知的言動)、⑤血液型検査の結果、⑥人相の酷似等(身体的データ)といった間接事実を立証すれば、「原告が、被告の受精によって出生したこと」(生物学的父子関係)が高度の蓋然性に至り、主要事実を立証できたとの認定をするが、被告が、⑥原告の母が問題の子の懐胎期間中に他の男子との間にも同様な性的交渉があったとの事実を証明できたなら、推認は覆り、請求は棄却となることも、一般人の経験則に照らして合理的な事実認定といえよう。

4 間接反証概念の効用に批判的な伊藤元裁判官が前記6の5において「反対間接事実」の例として挙げられた「XがYから広大な同一地番の土地の一部である、ある土地(甲地)を一億六〇〇〇万円で買ったとして、甲地についての売買契約の成立を主張してYに甲地の所有権移転登記及び引渡を請求し、売主とされるYが請求原因を否認している」との事案についても検討する。

伊藤元裁判官は、Xが「①Xは家具の販売業者であったが、契約成立日とされる日(以下「当日」という。)に先立ち、甲地の付近の不動産業者に、家具の販売店の用地として適切な土地はないかと行って、甲地を含む付近の土地の所有者と時価を尋ね、その不動産業者は甲地の所有者をYと、その時価を約一億六〇〇〇万円と答えた。②Xは、当日に先立ち、付近の家具店の分布状況・営業実績や付近の住宅の家具の需要状況を調査した。③Xは、当日に先立つ一か月ぐらい前に家具販売店のための適地を購入したい旨の希望を甲地の所有者Yに述べて、同人にその

ような土地を売る意思があるかを尋ねた。④Xは、当日の二日ほど前に、取引先の銀行から三〇〇〇万円の融資を受けた。⑤当日XとYとは面談しており、当日にYの預金口座に三〇〇〇万円の金銭がXから振り込まれている。

⑥甲地は、面積、形状、接道状況その他の状況が、家具の販売店の用地として適切な土地であった。」との事実があれば、XはYから甲地を買った可能性が高いが、「Yは、多くの不動産を所有している地主で、甲地の直ぐ近くで同一地番内にある、当日現在において、面積、形状、接道状況その他の状況がほぼ同様な条件の（したがって時価もほぼ同様の）別の土地（乙地）をも所有していたが、そのこと及びその時価も約一億六〇〇〇万円であることを前記不動産業者が①の機会に述べていたという事実（マイナスA事実）があるとすると、①ないし⑤の各事実は、乙地の売買契約の成立にも積極的に働かし、⑥の事実の持つ意味も減殺されるので、①ないし⑥のみでは、甲地の売買契約締結を推認させるのに十分とは言えなくなるとする。

また、「その不動産業者はXに対して、甲地、乙地の時価が本当はそれぞれ時価約二億円であるところ、誤ってその八割ほどを答えてしまったことに気付き、その翌日Xに訂正の電話をした」との事実があれば、前記①の間接事実による主要事実を推認させる力（推認力）を妨害することとなり、そして「Xの親戚の有名な家具量販店の経営者は、甲地・乙地の存在する地域かその付近で家具店を開きたいと考えていたが、直接自分が問い合わせると警戒されるという理由で、当日に先立ち、Xにそのための調査を依頼した」という事実があれば、前記①ないし③の間接事実による推認力を妨害することとなりうるといふ。伊藤元判事は、これらの事実を「反対間接事実」とし、必ずしも証明がなくても、事実認定の用に供することが可能とされるのである。しかし、伊藤元裁判官が、「反対間接事実」とされる事実は、本当に証明を要しないのだろうか。

やはり、原告が前記①ないし⑥の事実を証明したのであれば、「Yは、多くの不動産を所有している地主で、甲

地の直ぐ近くで同一地番内にある、当日現在において、面積、形状、接道状況その他の状況がほぼ同様な条件の（したがって時価もほぼ同様の）別の土地（乙地）をも所有していたが、そのこと及びその時価も約一億六〇〇〇万円であることを前記不動産業者が①の機会に述べていた」という事実（マイナスA事実）や、「その不動産業者はXに對して、甲地、乙地の時価が本当はそれぞれ時価約二億円であるところ、誤ってその八割ほどを答えてしまったことに気付き、その翌日Xに訂正の電話をした」との事実（マイナス①事実）、「Xの親戚の有名な家具量販店の経営者は、甲地・乙地の存在する地域かその付近で家具店を開きたいと考えていたが、直接自分が問い合わせると警戒されるという理由で、当日に先立ち、Xにそのための調査を依頼した」との事実（マイナス①から③事実）は、いずれもYが証明すべきであり、この証明がなければ、Xが前記①ないし⑥の間接事実を証明したことによる、「XとYが甲土地について、代金一億六〇〇〇万円で売買契約を締結した」との推認は覆らないと解するのが相当ではないだろうか。そして、このように間接事実を分析、検討した上で、審理を進めたとしても、当事者の納得は得られるかと思われる。

Yが、甲地の直ぐ近くで同一地番内にある、当日現在において、面積、形状、接道状況その他の状況がほぼ同様な条件の（したがって時価もほぼ同様の）別の土地（乙地）をも所有しており、その時価も約一億六〇〇〇万円というようなことはそう頻繁に起こらないと思われ、またそれが真実であるなら、Yは容易に立証することが可能と考えられる。

また、宅地建物取引業者である不動産業者が、顧客に對し、不動産の時価を間違えて伝えるということも、極めて異例と思われ、また、本当に誤ったとしても、真実の時価がいくらであるかについて、Yは証拠を提出して覆すことも通常は可能と思われる。なお、伊藤元裁判官も、この事実については、①の事実に對する推認妨害力がそれ

ほど強くないので、存在の証明が必要と解されている。<sup>(51)</sup>

そして、「Xの親戚の有名な家具量販店の経営者は、甲地・乙地の存在する地域かその付近で家具店を開きたいと考えていたが、直接自分が問い合わせると警戒されるという理由で、当日に先立ち、Xにそのための調査を依頼した」との事実についても、この家具の量販店の経営企画等に関する文書を取り寄せる等の立証手段により、Yが証明することが可能であろう。

以上のとおり、伊藤元裁判官が必ずしもYが証明することを要しないとする「反対間接事実」は、全てYが証明することを要する「間接反証事実」であると解しても、①判決理由中における必要かつ十分な説明、②訴訟進行中における裁判所と当事者間の事実認定のプロセスの共有、に重点を置いた「適切な事実認定」をめざす上で、障害となるとは思えないのである。

5 垣内裁判官が、ご自身が担当された事件として挙げられる「土木建設業を営むX社がY生命保険相互会社に対し、X社代表取締役社長を被保険者、X社を受取人として契約していた生命保険契約に基づき、社長の死亡を原因として1億円の保険金の請求を行った。ところが、Y社は、X社には商法上の告知義務違反（注―商法六七八条、六四四条）があるとして契約を解除し、保険金の支払を拒んだ。すなわち、X社社長は、契約締結から一〇か月後に肺癌により死亡したものであるが、保険契約の三か月前に行われた社内健康診断で医師から胸部レントゲン検査の結果につき『要精密検査』と指摘されていたのに、契約時の質問書に対して、『健康診断等で要精密検査と指摘されたことはない』旨告知していたから、これが告知義務違反にあたるとされた。そしてX社からY社に対し保険金請求訴訟が提起され、同社長がY社に対するこの告知をした当時、健康診断における胸部レントゲン検査の結果につき『要精密検査』の指摘を受けていたことを知っていた事実（主要事実A）が認められるか否かが争点となっ



た。そして、『社長は幼少のころからいたって健康であったこと（間接事実a）、社長は健康診断終了直後に医師から胸部レントゲン検査の結果について説明を受けていなかったこと（同b）、社長は健康診断後もX社の業務や趣味のゴルフを続けていたこと（同c）、健康診断から二週間後、胸部レントゲン検査の結果につき『要精密検査』と記載された社長分の健康診断結果表を含む役員及び従業員の健康診断結果表が医師から会社に届き、社長の机上の未決裁箱に上げられ、その後、社長によって既決裁箱に下ろされていたこと（同d）、X社は従前から別の保険会社との間で社長を被保険者として本件保険契約と死亡時や入院時の保険金額を同額とする内容の保険契約を結んでいたが、社長は、Y社の外務員がX社の業務に協力してくれたことに恩義を感じて、従前の他社との契約を解約して本件保険契約を締結したこと（同e）、本件保険契約締結から二か月半後に社長とこの健康診断を行った医師とが地域の会合で同席した際、社長が精密検査を未だ受けていないことが話題となったこと（同f）、社長は、同契約締結から三か月余り経過後に始めて家族に胸部の痛みを訴え始めたこと（同g）、さらに二か月後に、社長は初めて医師の診察を受け、その際に肺癌が発見されたこと（同h）』というaないしhの間接事実が認定されたとする事例を検討する。

d及びfの事実が認定されれば、本件の主要事実（A）である「社長が要精密検査との指摘を受けていたことを知っていた事実の存在」を強く推認させるものであり、原告からの反証がない限り、主要事実は認定されるだろう。会社の社長は、未決裁箱から既決裁箱に書類を降ろすときは、これらの書類に目を通し、この記載内容を承認していたとの経験則が働き、医師との間で、「まだ精密検査を受けていない」ことが話題となることは、自らの身体に、精密検査を必要とする状況が生じている旨を認識していることを推認させるからである。

しかし、dについて、X社の事務員は、社内健康診断を受けた役員及び従業員二八人分全員の診断結果の個人票

が医師から届くと、これらを順不同のままに病院の袋に一括して入れたまま社長の未決裁箱に上げたこと（間接事実 $\alpha$ ）、それは決裁印を受ける書類の形式とはされず郵便物等と一緒にされて上げられていたこと（同 $\beta$ ）、その後、その封筒のままの形で既決裁箱に移されていたこと（同 $\gamma$ ）という一連の事実が認められ（これら $\alpha$ ないし $\gamma$ の各間接事実は、社長が未決裁箱から既に決裁箱に書類を下げるという間接事実による推定、即ち社長が未決裁箱から既決裁箱に書類を下げる際は、その内容を確認かつ承認した上で行うとの経験則による推定を覆すものであろう）、さらに先の a b c の間接事実から、社長は当時自己の健康に全く不安を持っていなかったこと（同 $\delta$ ）が立証され、かつ f について、精密検査を受けたのかを聞いたのは、医師のほうであり、これに加えてアルコールの入った会合だったので、記憶がはっきりしないということも立証されたならば、「まだ精密検査を受けていない」ことが話題となったという間接事実による推定、即ち「医師との間で精密検査のことが話題になることは、自らの身体に、精密検査を必要とする状況が生じている旨を認識している」との経験則による推定を覆すものであろう。

そして、前記 e の「X社は従前から別の保険会社との間で社長を被保険者として本件保険契約と死亡時や入院時の保険金額を同額とする内容の保険契約を結んでいたが、社長は、Y社の外務員がX社の業務に協力してくれたことに恩義を感じて、従前の他社との契約を解約して本件保険契約を締結したこと」が証明されたなら、d及びfの間接事実による推定を覆すものであり、まさに間接反証といえよう。垣内裁判官も書かれているとおり、既に同額の保険金を受け取ることができる他社との保険契約があるのだから、もし、社長が要精密検査との指摘を受けたことを知っていたならば、これを殊更に秘匿してまで前契約を解約して本件契約を締結するという危険な行為にでることはなかったであろうとの経験則に基づく<sup>(52)</sup>。

このような被告による間接反証の結果、d及びfの間接事実からの「社長が要精密検査との指摘を受けていたこ

とを知っていた事実の存在」(主要事実A)の推認は妨げられ、Aの事実は認められないと判断することとなろう。  
6 やはり、各裁判官、あるいは元裁判官が挙げられた実例に照らして検討しても、間接反証という概念は、「適切な事実認定」のために、一応の効用を有するのではないかと考え、本稿を終える次第である。

(51) 伊藤一二〇頁ないし一二二頁。

(52) 垣内五六六頁。